

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La protection des programmes par le droit d'auteur en droit belge et néerlandais

Poullet, Yves

*Published in:*  
Le droit des affaires

*Publication date:*  
1987

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 1987, 'La protection des programmes par le droit d'auteur en droit belge et néerlandais', *Le droit des affaires*, Numéro 2, p. 181-187.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La protection des programmes par le droit d'auteur en droit belge et néerlandais (\*)

Yves POULLET (\*)

## I. Fondements légaux

(\*) Le texte est la version française du rapport belge et hollandais présenté à la conférence: «International Legal Protection of Computer Software: Past Practice and Future Policy», Stanford, July 24-26, 1986.

(1) Pour un aperçu plus complet de ces deux législations, en Belgique, F. GÖTZEN, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Larcier, Bruxelles, 1975.

Aux Pays-Bas, D.W.F. VERKADE, *Softwarebescherming*, Samson, Alphen a/d Rijn, 1972.

(2) Le dépôt des ouvrages publiés à la Bibliothèque Nationale n'a rien à voir avec la protection par le droit d'auteur de l'oeuvre déposée. Cette absence de formalités est regrettée par certains. Elle permettrait facilement de prouver l'antériorité d'une oeuvre par rapport à l'oeuvre copiée.

(3) Ou «saisie-contrefaçon» (articles 1481 à 1488 du code judiciaire). Sur cette procédure et son intérêt, DE KEERSMACKER, 35 et les deux ordonnances reprises en annexe. Cf. également Juge des Saisies, Leuven 19 mars 1985, *Computerrecht*, 1986, n°1, 48 et celles inédites citées par Ph. PETERS, La protection des jeux vidéo électroniques, *Droit de l'Informatique*, 1984, n°2, p.24.

(4) Prévue par l'article 28 de l'Auteurswet.

(5) En Belgique, art. 22 al. 2 de la loi de 1884; aux Pays-Bas, art. 31 de la loi de 1912. Aux Pays-Bas, à noter les applications jurisprudentielles, en particulier, Trib. Arnhem, 21 février 1985, *Computerrecht*, 1985, n° 5, 26 et du même tribunal, 27 octobre 1983, *Computerrecht*, n°1, 31.

(6) B. HUBO, La titularité des droits d'auteur sur des logiciels écrits par un salarié. Situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas, *Droit de l'Informatique*, 1986, n°3, 151 et s.

(7) Ce qui n'exclut pas la brevetabilité de logiciels introduits dans un procédé de fabrication (en ce sens, les réflexions de l'excellente thèse de M. FLAMEE, *Octrooi-baarheid van Software*, Die Keure, Brugge, 1985). Selon cet auteur, la protection par brevet deviendrait complémen-

1. Le principal intérêt de l'étude de la situation belge et hollandaise en la matière est certes l'absence de toute disposition légale consacrant la protection des programmes par le droit d'auteur.

De ce fait, la doctrine, dans ces deux pays, a développé certaines réflexions de base. Tel est l'objet de la présente étude.

2. Le droit d'auteur est consacré dans les deux pays de façon semblable (1). La loi belge du 22 mars 1886 rejoint la loi néerlandaise de 1912 sur cinq principes essentiels:

a. Aucune formalité n'est requise pour l'obtention du droit d'auteur (2);

b. Le droit d'auteur prend naissance à la création de l'oeuvre et dure 50 ans après la mort de l'auteur;

c. A côté d'attributs d'ordre patrimonial (droit de publication, droit d'exploitation commerciale, droit de présentation publique), le droit d'auteur comprend des prérogatives d'ordre moral: «droit de divulgation» (l'auteur ne livre son oeuvre à l'appréciation du public que lorsqu'il s'estime satisfait); droit à la paternité (l'auteur a la faculté de présenter l'oeuvre au public sous son nom); droit au respect de l'oeuvre dans sa forme comme dans son esprit; droit de repentir ou de retrait (l'auteur regrette d'avoir livré son oeuvre au public et décide de la retirer) (3).

d. La protection par le droit d'auteur ouvre à l'auteur la voie d'une action rapide: en Belgique, il s'agit de la «saisie description» (4); aux Pays-Bas, de l'«Auteursrechtsbeslag» (5).

En même temps, elle autorise le prononcé de sanctions pénales (6).

e. Le titulaire du droit d'auteur est en principe une personne physique. Cependant, dans le cadre de contrat d'emploi, rien ne s'oppose à la cession au profit de l'entreprise.

Cette cession peut être anticipée et porter sur l'intégralité des droits, à la fois patrimoniaux et moraux (7). En Belgique, la cession peut être tacite, mais ne portera que sur les droits cédés de façon certaine. Aux Pays-Bas, l'employeur est considéré légalement, suivant l'article 7 de l'Auteurswet, comme l'auteur des oeuvres exécutées dans le cadre de sa fonction par l'employé.

3. Avant d'aborder les problèmes spécifiques de l'application de la législation sur le droit d'auteur aux programmes d'ordinateur, quelques compléments d'information doivent être donnés sur d'autres modes de protection légale en la matière.

Ainsi, le droit des brevets s'attache aux inventions portant sur des procédés techniques.

En Belgique, la loi du 28 mars 1984 s'aligne sur la Convention de Munich du 5 octobre 1973 pour rejeter la brevetabilité du programme d'ordinateur «considéré en tant que tel» (8).

Aux Pays-Bas, une décision récente de l'Office des brevets (9) consacre au contraire «la brevetabilité de programmes comme procédés, dans la mesure où ces programmes sont incorporés dans un ordinateur, directement appelables et déterminent le fonctionnement de celui-ci».

Ainsi, le droit de la concurrence déloyale (unfair competition) permet à la victime de s'opposer par une action rapide aux pratiques du concurrent. C'est sur cette base qu'ont été prononcées plusieurs décisions belges en la matière de protection de programmes d'ordinateur (10).

## II. Discussion sur le principe même de l'application du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur

4. Si la majorité des auteurs belges et hollandais et la jurisprudence hollandaise (10bis) se prononcent en faveur de la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur (11), la thèse récente de Vandenbergh (12) leur rappelait quelques objections de principe:

(\*) Chargé de cours à la Faculté de Droit (Namur) - Directeur du Centre de Recherches Informatique et Droit (Namur)

- dans son *essence*, le droit d'auteur est inadapté aux *programmes d'ordinateur*. Il a une finalité différente, à savoir, la protection des oeuvres littéraires et artistiques, et non celle d'innovations, à caractère souvent industriel et visant à l'amélioration de la productivité, domaine des réalisations brevetables (13): «dans le domaine de l'art, règne le droit d'auteur; dans celui de l'industrie (13bis), le droit des brevets».
- certaines *dispositions légales* propres au droit d'auteur sont *inadaptées*, en particulier, la durée de la protection risque d'être un obstacle majeur au progrès technique dans un domaine où l'innovation a une durée de vie très limitée (14).
- les droits moraux de l'auteur s'expliquent par la nécessité d'une communication de l'oeuvre au public, c'est-à-dire à l'être humain. Or cette condition de la protection par le droit d'auteur ne se retrouve pas dans les programmes d'ordinateur: si ceux-ci peuvent être rendus intelligibles aux sens humains, les instructions qu'ils contiennent s'adressent à la machine (14bis).

5. Ces objections fondamentales amènent certains auteurs à plaider pour des législations spécifiques (15), d'autres leur opposent divers arguments (16).

- a. La loi sur le droit d'auteur n'a pas exclu de son domaine la protection d'oeuvres artistiques... qui trouvent application dans l'industrie (17). «L'absence de fonction esthétique importe peu puisque le droit d'auteur ne protège pas seulement la recherche du beau, mais aussi les oeuvres qui ont une valeur surtout scientifique, comme les traités et les articles de revue, ou qui débouchent dans le domaine technique et utilitaire, comme les plans d'architecture ou les dessins et modèles» (18).
- b. La longue durée de la protection attachée au droit d'auteur n'apparaît pas un argument décisif pour le rejet de la protection de ce mode légal de protection. Gotzen compare la courte durée de vie d'un programme à celle de la musique légère qui disparaît rapidement de mort naturelle sans constituer un frein à la création artistique (19).
- c. Le troisième argument invoqué à l'encontre de la protection par le droit d'auteur, à savoir: l'absence de «communication à l'être humain», est également rejeté. Ce critère ne peut se déduire d'aucun texte (20), et «la musique enregistrée sur microsillon n'est pas plus lisible, sans qu'elle n'en perde pour autant sa protection par le droit d'auteur» (21). En outre, le programme peut toujours être traduit en une forme lisible par des spécialistes (22).

Gotzen ajoute qu'un tel critère amènerait à concevoir, comme oeuvre protégeable, la documentation (24), mais non le programme lui-même, ce qui irait à l'encontre de l'unité fonctionnelle des diverses phases menant à l'activité de programmation (cf. infra, n°16).

### III. Le domaine de protection du droit d'auteur

6. Quatre thèmes ont retenu l'attention des auteurs belges et néerlandais:

- Le droit d'auteur protège la *forme* et non le *fond*. Mais en matière de programme d'ordinateur, où est le fond, où est la forme?
- La protection par le droit d'auteur suppose l'*originalité* de l'oeuvre! En matière de programme, quand peut-on parler d'originalité?
- Diverses phases d'élaboration du programme peuvent exister: documentation, programmes en code source, en code objet; à quelle(s) phase(s) s'attache la protection?
- Enfin, la protection des jeux vidéo appelle une protection particulière.

#### A. Programme d'ordinateur, où est le fond, où est la forme?

7. Traditionnellement, la distinction fond-forme s'applique de la manière suivante au programme: «le fond du programme, l'algorithme, n'est pas protégé par le droit d'auteur (25).

Celui-ci ne couvre que la forme du programme, ainsi que sa structure et l'agencement de ses étapes: l'organigramme (26). Ainsi, Gotzen (27) prétend qu'il ne suffirait pas pour échapper à l'emprise du droit d'auteur, de changer quelques détails. Tant que subsiste la structure essentielle de l'original, il ne s'agira que d'une adaptation subordonnée à l'auto-risation de l'auteur».

8. Tous les auteurs reconnaissent la difficulté de distinguer *fond* et *forme*: «En théorie, il n'est pas impossible qu'un algorithme déterminé dans certaines circonstances soit à considérer comme une oeuvre au sens du droit d'auteur, en particulier, lorsqu'il s'agit d'un algorithme propre à une application, à traduire dans une forme déterminée» (28).

9. Une des premières décisions hollandaises en matière de protection des programmes se contente d'affirmer: «Certes, il est évident qu'une idée ne peut en aucune manière profiter d'une protection par le droit d'auteur. Cependant, un programme d'ordinateur peut être considéré comme une oeuvre au sens du droit d'auteur» (29). L'affirmation est facile, sa signification pratique est moins claire.

taire de celle offerte par le droit d'auteur (du même auteur, La brevetabilité du logiciel, *Droit de l'inform.*, 1986, 1, 10).

(8) 12 septembre 1985, *Compterecht*, 1986/1, 32 et sur cette décision, HANNEMAN, H.W., cod. loco, 11. La décision concernait un appareil Röntgen dont le fonctionnement était géré par ordinateur.

La décision s'attache au critère de l'«adressabilité directe», à savoir de l'introduction du programme dans la mémoire centrale d'un ordinateur. En effet, une telle introduction aboutit à ce que le fonctionnement de cet ordinateur est déterminé par les instructions du programme. La brevetabilité se concevrait donc pour certains logiciels de base.

(9) Art. 54 de la loi de 1971 sur les pratiques du commerce et art. 1401 du code civil hollandais.

(10) Prés. Trib. Comm. Bruxelles, 17 septembre 1982, *J.C.B.*, 1983, 646-649, note G. VANDENBERGHE (action en cessation) et dans la même affaire sur le plan pénal, Trib. Bruxelles, 31 janvier 1986, inédit. Cf. également Prés. Trib. Comm., Anvers, 29 novembre 1984, inédit et en appel, Anvers, 24 juin 1985, inédit.

On notera qu'en principe l'action en cessation, objet de la première décision, n'est pas possible lorsque la demande s'appuie sur un droit protégé par le droit d'auteur (art. 56 de la loi de 1971). C'est ce que note la seule décision belge consacrant la protégeabilité des programmes par le droit d'auteur. In casu le Président du Tribunal de Bruxelles était saisi d'une demande en cessation. Il la rejette (Prés. Trib. Comm., 4 octobre 1985, *I.C.*, 1985, 463) au double motif que la compétence en matière de cessation est «exclue pour les actes de contrefaçon et les manquements contractuels» (sur cette décision, infra n°4, note 10bis). Aux Pays-Bas, on citera plusieurs décisions: Trib. Assen, 28 juillet 1981, *B.I.E.*, 1983, n°97, 322; Trib. Amsterdam, 8 octobre 1982, *B.I.E.*, 1983, n°100, 329; Trib. Amsterdam, 24 mars 1983, *B.I.E.*, 1983, n°101, 331.

(10bis) A cet égard, la décision du Président du Tribunal de Bruxelles citée note précédente est la première décision jurisprudentielle belge qui reconnaît la possibilité d'une protection par le droit d'auteur. On notera l'attendu suivant: «la propriété d'un logiciel, si elle ne découle pas d'une telle obligation contractuelle, peut relever du droit d'auteur - et le logiciel en cause paraît bien présenter l'originalité nécessaire - si bien qu'il s'agirait d'une contrefaçon.



(11) VAN HOECKE (Software piraten, R.W., 1984, col. 1660) résume comme suit la position des doctrines néerlandaise et belge: «La doctrine est partagée et ceux qui sont de l'avis que le logiciel est protégé par le droit d'auteur, ajoutent la plupart du temps que cette protection est peu adéquate.»

(12) G. VANDENBERGHE (*Bescherming van computer-software*, Antwerpen, Kluwer, 1984), en particulier le résumé, p.195 et s. L'auteur propose dès lors une législation spécifique qui reste très proche de celle du droit d'auteur.

(13) «Le progrès est un concept étranger à la culture: il n'y a pas de progrès culturel au plan de la création» (X. THUNIS, Les modes de protection juridique du logiciel, *D.P.C.I.*, 1983, n°1, pp.121 et

Sur ce point également, la déclaration de M. VAN HOECKE sur la finalité économique de la protection légale des programmes d'ordinateur (*op. cit.*, 1682) et celle de J. SPOOR, *Aspects of copyright protection of Computer Software*, A.I.D.A. Seminar Amsterdam, 29 juin 1984, 14.

On notera également la déclaration de BUCH (La protection juridique des programmes d'ordinateurs, *Rev. dr. intell.*, 1976) selon lequel: «Admettre (la protection par le droit d'auteur) comporte un danger: celui de dévier de son but, la législation sur le droit d'auteur en tenant, en fonction des nécessités pratiques, de la rendre applicable à un objet qui ne lui convient guère».

(13bis) G. VANDENBERGHE, *op. cit.*, 94-95.

(14) K. VAN HOECKE, *op. cit.*, 1671; P. BUCH, *op. cit.*, 1178; M. FLAMEE, *op. cit.*, 1; etc.

(14bis) Dans le même sens, K. VAN HOECKE, *op. cit.*, 1672; X. THUNIS, *op. cit.*; T. BORKING, Resultaten van rechtssociologisch onderzoek naar de juridische bescherming van programmatuur, *Informatie*, 1985, n°27, pp.874-883.

Prof. G. VANDENBERGHE distingue, à cet égard, la documentation du logiciel, protégeable et le programme lui-même, non protégeable (thèse citée, 54, n°19).

(15) Cf. en particulier, les propositions faites par VAN HOECKE, *op. cit.*, 1681, concernant:

- l'organisation d'un dépôt;
- l'examen de la nouveauté de l'oeuvre.

A défaut d'algorithmes nouveaux, l'oeuvre ne bénéficierait que de la protection de la forme;

- la durée de protection (cinq ou dix ans);
- l'organisation de licences d'exploitation;
- etc.

Une seconde décision du même tribunal (30) laisse entendre en tous cas que la forme ne désigne pas la forme purement externe: «To design the inclusion and files, creating was certainly necessary, and since the inclusion and files of the defendant own a high degree of similarity to those of the plaintiff, which cannot be purely coincidental, there has been a copyright infringement».

## B. L'originalité du programme d'ordinateur

10. Dans un article récent, Vandenberghe (31) avançait, en conclusion d'une étude de droit comparé sur la question que les juridictions distinguaient deux niveaux d'originalité: «The first level is what I have called statistical originality. The fact that one knows with (statistical) certainty that if two programmers write a program (of minimal length) for the same application, these programs will be different, is considered sufficient for originality. Other courts require a higher degree of originality: an individual expression, a certain creativity. An important decision in that respect is the Inkassoprogram decision of May 9, 1985, of the German Supreme Court. This Court decided that in order to qualify for copyrightability, a program should be original compared with other programs, better than the work of an average programmer, and should not be the result of pure handicraft, that is, mechanical or technical programming work. Irrelevant in deciding upon the originality of a program is its length, its function, or the investment it represents. What we have called statistical originality is insufficient».

11. A la première conception de l'originalité se rallient la plupart des auteurs belges et hollandais: ainsi, Berenboom écrit à propos de la nécessité pour le logiciel d'«exprimer la personnalité» de son auteur: «s'il apparaît que pour résoudre le problème, un grand nombre de programmeurs utiliseront un programme identique, on pourra considérer que celui-ci est banal et sans personnalité. Il en serait de même si le résultat obtenu est purement fortuit, la machine ayant pour instruction de travailler au hasard. Mais, le plus souvent, le problème à résoudre est complexe et le programmeur a des possibilités de choix. La voie qu'il aura suivie sera alors personnelle et la solution suffisamment originale pour réclamer le bénéfice de la loi» (32).

12. L'examen de la jurisprudence hollandaise sur ce critère de la protection par le droit d'auteur est utile.

Ainsi, une première décision du tribunal d'Assen, le 28 juillet 1981 (33), semble ne pas se contenter d'une simple originalité statistique.

La décision est d'autant plus intéressante qu'elle affirme que le programme de la partie demanderesse satisfait «à un minimum d'activité créative de telle sorte qu'on puisse parler de création nouvelle et originale. En l'occurrence, les critères d'appréciation retenus ont été les suivants (34):

- la contrefaçon aurait pu, sans manquer aux exigences de clarté et d'efficacité, utiliser un autre chemin, lors de l'écriture du programme;
- les coûts du producteur et du contrefacteur étaient sans commune mesure;
- le programme en question était de nature et de conception si particulière qu'il se distinguait des programmes d'autres producteurs;
- le contrefacteur a disposé du programme, à savoir l'utilisation de secrets qu'il a appris à connaître dans le cadre d'un contrat d'emploi passé ou l'achat à un tiers qui n'y était pas autorisé.

En conclusion, le tribunal estime que l'infraction constatée est celle à un droit exclusif, à savoir, précise-t-il, à une exclusivité conditionnée contractuellement et non le «droit exclusif», que certains penseraient pouvoir fonder sur le droit d'auteur.

De cette décision, on distinguera celle du Président du Tribunal d'Assen du 10 janvier 1984 (35). En l'occurrence, le demandeur reprochait à la défenderesse d'avoir copié et commercialisé un programme d'ordinateur, destiné à calculer la composition optimale d'aliments de bétails. La défenderesse basait son argumentation principalement sur le fait que l'application était triviale et que le processus de développement n'offrait dès lors au programmeur qu'un nombre relativement limité de choix.

Le tribunal accorde au demandeur la protection par le droit d'auteur au double motif:

- que les problèmes posés par le développement du programme pouvaient être résolus de diverses manières;
- que la réalisation du programme a exigé l'effort d'un an et demi à 2 ans d'un concepteur hautement qualifié.

13. Toujours en ce qui concerne l'exigence d'originalité, une récente décision du Tribunal d'Arnhem du 21 février 1985 (36), permet une seconde réflexion fondamentale. Cette décision concerne des programmes de traitement de texte dont certaines fonctions différaient et pour lesquels le langage de programmation différait. Le tribunal estime que le programme du demandeur était protégeable par le droit d'auteur: «Le caractère nouveau et original des programmes en question réside non dans l'emploi d'éléments auxquels une

forme a été donnée, mais dans le fait de donner une forme (l'implémentation) elle-même. En ce sens... les programmes sont nouveaux et originaux par le fait que les concepteurs ont dû faire un certain nombre de choix en tenant compte des fonctions à produire et de l'implémentation des programmes et dès lors, en prenant en considération des contraintes, telles la vitesse d'exécution, les capacités mémoires du micro-ordinateur et les capacités personnelles disponibles».

La décision ajoute que le fait d'utiliser un autre langage de programmation et une autre présentation à l'écran dans la mesure où il ne révèle pas le caractère personnel de l'implémentation ne peut suffire».

14. Ainsi, la jurisprudence hollandaise invite à distinguer l'écriture au sens d'*action d'écrire* et l'écriture comme *résultat*. L'originalité de la forme s'entend dans le premier sens du mot.

Ainsi, ce n'est pas le fond, la conception, ou la fonction du programme en eux-mêmes qui sont protégés, ni la pure forme, à savoir la représentation scripturale du programme, mais bien le passage de l'idée à la figuration sensible, à savoir l'expression conçue comme action d'exprimer (37). Cette manière de voir permet à notre avis de résoudre le débat «fond-forme», tel qu'il est abstraitement posé de façon dichotomique par la doctrine (38).

### C. Documentation, code-source, code objet : à quel stade de la programmation s'attache la protection par le droit d'auteur?

15. Diverses phases de la programmation existent et la notion de logiciel désigne tout à la fois selon le projet de Traité de l'O.M.P.I. sur la protection du logiciel (39):

- 1.- le «programme d'ordinateur», c'est-à-dire un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particuliers par une machine capable de faire du traitement de l'information;
- 2.- la «description de programme», c'est-à-dire une présentation complète d'opérations sous forme verbale, schématique ou autre, suffisamment détaillée pour déterminer un ensemble d'instructions constituant un programme d'ordinateur correspondant;
- 3.- la «documentation auxiliaire», c'est-à-dire toute documentation autre qu'un programme d'ordinateur ou une description de programme, créée pour faciliter la compréhension ou l'application d'un programme d'ordinateur, par exemple des descriptions de problème et des instructions à l'usage d'un utilisateur.

La notion même de programme d'ordinateur distingue: le *code-source*, c'est-à-dire le langage dans lequel est écrit un programme à l'origine et le *code-objet*, c'est-à-dire la version directement exploitable par la machine (40).

16. Tous les auteurs, y compris Vandenberghe (41) admettent la protection par le droit d'auteur de la *documentation*. Celle-ci satisfait en effet sans contestation possible au critère de la communicabilité, mis en évidence par Vandenberghe comme critère de la protection par le droit d'auteur (supra, n°4).

La plupart des auteurs (42) estiment que le critère est également satisfait en ce qui concerne le code-source où le logiciel demeure compréhensible pour l'homme de métier (43).

Certains auteurs hésitent par contre à étendre la protection du droit d'auteur au code-objet. Ainsi Van Hoecke (44), en particulier, oppose à cette extension précisément le critère de la communicabilité. Il ajoute: «alors que pour le code-source, on peut encore dire qu'il s'agit d'une série d'instructions qui expliquent comment un problème particulier peut être résolu, le code-objet au contraire entend résoudre le problème. Le programme est devenu un procédé technique (45). Enfin, il dénie qu'on puisse parler de traduction, alors que le «code-objet final différera profondément suivant le compilateur utilisé» (46).

17. A ces arguments, deux réponses (47) sont classiquement apportées. La première tient à l'affirmation suivant laquelle l'activité de programmation est une et poursuit un objet unique; il est donc artificiel de réserver la protection par le droit d'auteur à un stade de la programmation (48); la seconde note que «même le code-objet est une forme d'expression de créativité humaine et ne peut être compris que par des hommes. Des machines ne comprennent pas la signification de 0 et de 1, et ce contrairement aux humains. Les instructions en code-objet peuvent être comparées par les humains; par «reverse engineering», elles peuvent être décompilées. Le logiciel en code-objet est dès lors compréhensible pour l'être humain» (49).

(16) En particulier, la critique nuancée de GOTZEN, *Boekbespreking over het werk van Vandenberghe*, *Computerrecht*, 1984, 3, 39-42; M. FLAMEE, *Aspects actuels de la protection juridique du logiciel au regard du droit belge*, *I.C.*, 1985, 325 et s.

(17) GOTZEN, *Les programmes d'ordinateurs*, *I.C.*, 1981, 245; A. BERENBOOM, *Le Droit d'auteur*, Bruxelles, Lar-cier, 1984.

(18) F. GOTZEN, *L'ordinateur et la propriété intellectuelle*, *J.T.*, 1976, cf. du même auteur sur base de l'article 21 de la loi de 1886, *Intellectuele eigendom en nieuwe technologieën*, *R.W.*, 1984, 2385. VERKADE (*Bescherming*, *op. cit.*, 301) parle d'objection romantique à propos de ce premier argument contre la protection par le droit d'auteur.

(19) F. GOTZEN, *Boekbespreking*, p.41; B. HUGENHOLTZ, *Softwarebescherming - Een tussenbestand voor thuisblijvers*, *Auteursrecht*, 1984, 4, 90; J. SPOOR, *op. cit.*, 22.

A cette objection de Gotzen, répond VANDENBERGHE (*Softwarebescherming in de U.S.A.*, 53) en affirmant que «la durée de protection n'est pas importante pour des travaux triviaux, mais bien pour des oeuvres importantes».

(20) En ce sens, A. BERENBOOM, *Le droit d'auteur*, 1984, n°150; F. GOTZEN, *Intellectuele eigendom*, *R.W.*, 1984, 2384-2385.

(21) M. FLAMEE, *Aspects actuels*, 329.

(22) Cf. à cet égard, les développements de VERKADE, *op. cit.*

(23) F. GOTZEN, *Boekbespreking*, 41.

(24) A cet égard, la remarque faite supra, note 15.

(25) «Ainsi la présentation algorithmique ou en organigramme (ajoute l'auteur) du logiciel, ne pourrait se voir conférer la protection du droit d'auteur, puisque celle-ci exprime la solution au problème concerné, est l'idée même et ne peut dès lors être monopolisée» - M. FLAMEE, *Aspects actuels*, pp.333-334.

(26) X. THUNIS, *op. cit.*, n°50. Comp. P. BUCH, *op. cit.*, «Il faut donc rechercher l'originalité de l'oeuvre, non pas dans le concept, mais bien dans la présentation de celle-ci, c'est-à-dire dans le cas des programmes au niveau du texte du programme écrit dans un certain langage ou du graphisme de l'organigramme... Or, sur le plan strictement formel, il faut bien admettre que la liberté d'expression est relativement réduite dans le cas de l'écriture d'un programme ou d'un organigramme».

(27) F. GOTZEN, *L'ordinateur et la propriété intellectuelle*, p.90; cf. également du



même auteur, *Intellectuele eigendom*, R.W., 1984, 2387, n°19.

(28) Discussion nota, p.11; pour cette raison, VAN HOECKE, *op. cit.*, 1684, réclame un système protégeant clairement les idées et non simplement la forme du programme.

(29) Rb.'s Hertogenbosch, 30 janvier 1981, *G.R.U.R.*, Int. 1983, 669-674. Une décision d'appel d'Amsterdam du 31 mars 1983 (Auteursrecht, 1983, 56-58) va plus loin encore. En l'occurrence, il s'agissait de jeux vidéo. La cour d'Amsterdam a estimé que les deux jeux étaient «pratiquement (vrijwel) semblables», et que le droit d'auteur était applicable dans la mesure où «ni mouvement, ni situation ne pouvaient se produire sans qu'ils n'aient été prévus par l'auteur et ne figurent dans le programme». Même si les deux programmes différaient et étaient écrits pour des microprocesseurs différents, le tribunal estima qu'il y avait contrefaçon, parce que seul le «résultat protégeable» compte et non les «moyens techniques».

(30) Rb.'s Hertogenbosch, 14 mai 1982, *B.I.E.*, 1983, 323.

(31) G. VANDENBERGHE, *Current developments in protecting Computer Programs, Data Bases and semi-conductor Chips in Europe*, à paraître. Cf. sur la tendance de la doctrine et de la jurisprudence à se contenter de l'originalité «statistique», les regrets de l'auteur, exprimés in *Softwarebescherming in de U.S.A.*, 53.

(32) A. BERENBOOM, *op. cit.*, 169; cf. également D.W.F. VERKADE, *Bescherming van Software anno 1983*, *Jurist in Computer, Deventer*, 1983, pp.183-197; C. VAN HOECKE, *op. cit.*, 1649; P. BUCH, *op. cit.*, et déjà H. BAUER-BERNET, *op. cit.* 8; «...Il existe pour tout problème de programmation un tant soit peu complexe, un choix entre plusieurs modes d'expression. Un même problème peut être résolu d'une manière plus ou moins efficace, plus ou moins claire, plus ou moins esthétique...»

(33) Rb. Assen, 28 juillet 1982, *N.J.B.*, 1982, 262-263.

(34) A noter l'emploi du qualificatif «nouveau» emprunté du domaine du droit des brevets, mais en principe non adéquat en matière de droit d'auteur.

(35) Rb. Assen, 10 janvier 1984, *Droit et Inform.*, 1984, 25.

(36) Rb. Arnhem, 21 février 1985, *Computerrecht*, 1985, n°5, 27.

(37) Comp. X. THUNIS, *op. cit.*, n°20, «il semble bien que la personnalité de l'analyste se manifeste au niveau du chemin suivi pour aboutir au résultat, c'est-à-dire au niveau de la méthode» et P. BUCH, *op. cit.*, p. 178.

(38) Cf. supra, n°7.

## D. Particularités de la protection des jeux vidéo

18. La particularité de la protection des jeux vidéo vient du fait que la protection par le droit d'auteur peut porter non seulement sur le *programme* mais également et séparément sur les *images visuelles offertes lors de l'exécution du jeu vidéo*. A propos de ce second objet, certains ont objecté que «la séquence de jeu, par opposition à la séquence d'attente (séquence fixe et répétitive du jeu apparaissant à l'écran dès l'instant où l'appareil est branché), ne pouvait en aucun cas faire l'objet de cette protection sous prétexte que les images proviennent des instructions données par le joueur et sont éphémères» (50).

L'argument est rejeté. Van Hoeke (51) parle d'un «dessin animé pré-programmé. Lorsqu'on dit que la personne peut influencer le déroulement du jeu, on affirme que, bien que les images quoiqu'elles viennent sur l'écran en fonction de l'habileté et de la vitesse de réaction du joueur, chacune de ces images en fait est déjà programmée à l'avance dans le jeu programmé».

19. La jurisprudence belge et hollandaise a adopté le même point de vue; la Belgique, indirectement, dans le cadre de nombreuses saisies-description (52); les Pays-Bas, par le prononcé d'une décision claire dans une affaire opposant Namco et Atari à Philips, dans laquelle il était reproché à Philips d'avoir mis sur le marché une contrefaçon du jeu PAC-NAM appelée HAPPELAAR (53).

Après avoir établi qu'il fallait voir le jeu comme un ensemble distinct de l'appareillage servant à le faire fonctionner et constaté que le jeu Pacnam avait un caractère original, la cour a estimé que ce jeu faisait l'objet de droits d'auteur appartenant à Namco. Elle a également rejoint la thèse du tribunal correctionnel de Paris en disant que le propre des jeux vidéo programmés est que le joueur ne peut rien faire qui ne soit préalablement prévu par celui qui l'a conçu, et qu'on ne peut affirmer que ce sont les joueurs qui déterminent la succession d'apparition des images qui constituent le déroulement du jeu. Après avoir en outre constaté que les caractéristiques invoquées par Namco pour le Pacnam se retrouvaient dans le Happleaar et que les différences n'étaient pas significatives, elle a ordonné la cessation de production, de la vente, ... des jeux Happleaar sous peine d'une astreinte de 5000.000 florins par infraction à cet ordre.

## IV. Analyse de quelques conséquences de la protection des programmes par le droit d'auteur

20. Il est évident que la protection des programmes par le droit d'auteur entraîne de nombreuses conséquences. Dans le cadre de ce rapport, nous nous sommes limités à l'analyse de deux problèmes particuliers:

- le premier concerne les limites de l'étendue de la protection de l'auteur, en particulier l'utilisation à titre privé faite par l'entreprise qui loue ou acquiert le support programmé;
- le second concerne les implications contractuelles de la protection par le droit d'auteur.

### A. L'étendue de la protection (54) et l'exception d'utilisation à titre privé

21. «La protection de l'auteur du programme s'étend à toute utilisation ou celui-ci et, notamment, à sa reproduction. On ne peut copier un programme, le faire imprimer ni procéder à sa lecture sur un écran sauf le cas d'une utilisation privée» (55).

Certains auteurs admettent même que «le simple fait d'introduire le logiciel en ordinateur constitue un acte de reproduction répréhensible dès que cette reproduction n'est pas effectuée pour l'usage strictement privé du copiste (56).

Ainsi, le principe de l'interdiction générale de reproduction souffre une exception dont l'extension doit être analysée: l'utilisation à titre privé.

La législation néerlandaise précise cette importante dérogation. L'article 16b de la loi sur le droit d'auteur (57), autorise «l'utilisation laquelle reste limitée à quelques exemplaires et sert exclusivement à l'usage privé, l'étude ou l'emploi de la personne qui a obtenu le droit d'utilisation...».

En Belgique, nonobstant la disposition de l'article 1 de la loi 1966 (57bis), la doctrine admet, quoique cela reste controversé, que l'on puisse copier une oeuvre, à condition de conserver cette copie pour un usage strictement personnel (58).

22. La notion d'utilisation à titre privé d'un logiciel suscite quelques difficultés d'interprétation.

Une première question est liée à la technique même de l'utilisation du logiciel par l'ordinateur.

Dans des ordinateurs programmés avec des langages de haut niveau, la transformation du code-source en code-objet n'est pas suffisante.

Le code-objet doit encore, avant d'être exécuté, être couplé avec une grande quantité de programmes standards présents dans la bibliothèque de logiciels utilisés par le système. La version finale dite «executable» du code-objet n'est généralement pas conservée dans la mémoire, mais décompilée, elle peut se retrouver à divers endroits de la mémoire de l'ordinateur (archivage, copie de sauvegarde, mémoire morte, etc...). Cette utilisation propre par la machine et les «reproductions» internes peuvent-elles être considérées comme autant d'usages privés du logiciel, alors qu'il y a techniquement du moins transformation du logiciel (59)?

De même, toute exécution d'un programme entraîne la lecture du programme par l'ordinateur. Peut-on, à cet égard, parler de copies, le nombre des copies devant être dès lors limité puisque la loi parle de quelques exemplaires? Certains auteurs (60) à la suite d'un auteur allemand d'Haberstumpf (61) estiment que la lecture du programme n'équivaut pas à une copie du programme, du fait du caractère transitoire de cette lecture, et surtout du fait que dans les systèmes actuels, le programme dans sa version exécutable n'est pas lu dans son ensemble, mais élément par élément. Il s'agit, selon eux, d'une simple utilisation du programme et non de sa reproduction. Vandenberghe (62) estime qu'une lecture du programme, même élément par élément, aboutit nécessairement à une utilisation de l'ensemble et donc à une copie du programme. Borking (63) propose une solution pragmatique à ces incertitudes. Selon lui, la protection du logiciel par le droit d'auteur serait inévitable si on ne pouvait autoriser les deux utilisations précitées du programme.

23. Pour résoudre ces deux problèmes, il faut, selon nous, distinguer dans le mot reproduction deux sens: la *duplication*, l'*élément matériel*, l'utilisation sous une forme ou une autre du logiciel et l'*élément final* à savoir la *communication au public* de celui-ci, c'est-à-dire la possibilité pour des tiers d'utiliser le logiciel (64).

La duplication, l'utilisation, du moment qu'elle reste interne à une entreprise, même sous différentes versions du logiciel, doit être permise (65) pour autant que le responsable de la configuration ne rende pas l'utilisation accessible à des tiers, en particulier par des procédés de télécommunication. Si tel était le cas, il y aurait reproduction au second sens du terme, c'est-à-dire communication au public et nécessité pour l'utilisateur de disposer alors d'une cession de droit de reproduction, prérogative de l'auteur.

On rejoint ainsi le critère habituellement dégagé par la doctrine: «Il nous semble que ce qui doit être retenu, c'est la destination de l'exécution combinée avec l'intimité qui unit ceux qui y assistent. S'il existe un lien familial, affectif ou professionnel particulier, l'exécution reste privée» (66).

24. Ainsi, l'utilisation à des fins purement privées, c'est-à-dire d'étude, de recherche (67) ou simplement d'exploitation internes (68) est libre, sans autorisation de l'auteur ou du cessionnaire des droits d'auteur, sous réserve des limitations, ou des conditions financières d'utilisation que ceux-ci pourraient introduire en vertu du droit de destination de l'auteur comme le démontre le point suivant.

## B. Les conséquences contractuelles du droit d'auteur

25. La consécration de la protection du programme par le droit d'auteur permet de clarifier la *qualification des contrats de fourniture de logiciels standards*. Il y a lieu de distinguer fondamentalement les droits d'un utilisateur final sur un *exemplaire de l'oeuvre* et les *droits d'auteur sur l'oeuvre elle-même* que pourrait détenir un distributeur ou concessionnaire. Un exemplaire de l'oeuvre (69) est ne «disquette informée», c'est-à-dire une disquette porteuse d'un logiciel et comme telle distincte d'un support vierge dans la mesure où elle est capable de traiter de l'information.

Cette première distinction en autorise une autre (70). Une cession du support n'entraîne pas nécessairement une cession des droits intellectuels.

Il y aura cession des droits intellectuels lorsque le contrat autorise l'exploitation du logiciel par le contractant (contrat d'édition) voire au-delà lorsque le contrat a pour objet la cession d'une partie ou de l'ensemble des droits intellectuels sur l'oeuvre (par exemple, le droit d'adaptation et de reproduction).

Au contraire, et ce sera le plus souvent le cas, le contrat de fourniture de logiciel ne portera que sur l'utilisation d'un exemplaire de l'oeuvre, sur la fourniture d'une disquette informée. Que cette fourniture soit faite par remise du support matériel ou par télétransmission, le contrat sera qualifié de contrat de vente ou de louage d'une «disquette infor-

(39) O.M.P.I., *Projet de traité sur la protection du logiciel*, repris notamment in *D.S.T.I./I.C.C.P./83.30*.

(40) Pour être complet, il faudrait encore ajouter que dans des ordinateurs utilisant des langages de programmation de haut niveau, indépendants du système d'exploitation, le passage du code-source au code-objet nécessite une traduction par un système programmé (appelé «loader» ou «linker») comprenant un ou plusieurs compilateurs et assembleurs avant de pouvoir être exécuté.

(41) G. VANDENBERGHE, *op. cit.*, 54, n°19.

A noter la décision du Président du Tribunal hollandais de Roermond (20 août 1984, *Droit de l'informatique*, 1985, n°5, p. 34). Dans cette affaire, Apple reprochait à la défenderesse, notamment, d'avoir copié son logiciel système et vendu des manuels d'utilisation copiés à 100%.

On note que ce n'est qu'à propos des manuels d'utilisation, que l'incrimination sur base du droit d'auteur a été demandée et retenue par le Président du Tribunal.

(42) A cet égard, en particulier, GOTZEN et VERKADE...

(43) La même réglementation est suivie pour les Chips.

(44) VAN HOECKE, *op. cit.*, 1661-1662; cf. son regret à propos du premier cas jurisprudentiel relatif à un code-objet, malheureusement terminé par une transaction entérinée par le Tribunal de La Haye (23 avril 1982).

Il s'agissait en l'occurrence du CP/M operating system, traducteur BASIC du compilateur Microsoft et C/basic.

(45) ... et donc protégeable par le droit des brevets.

(46) A cet égard, les remarques de BORKING, *Informatie*, avril 1983, et celle reprise in *Discussienota, Computerrecht*, 1984, n°3, 13.

(47) Pour une argumentation plus complète, BORKING, *Third Party Protection of Software and Firmware*, Amsterdam, 1985, 47.

(48) F. GOTZEN, *Boekbespreking*, 41.

(49) L. DE SCHRIJVER, *Apple v. FRANKLIN, R.W.*, 1983-1984, 2880; cf. également VERKADE, *op. cit.*

(50) Ph. PETERS, La protection des jeux vidéo électroniques, *Droit de l'Informatique*, n°2, p. 10. C'est la thèse retenue par le tribunal d'Arrondissement d'Amsterdam le 2 décembre 1982 (A.R., 1983, p. 1, 17, réformé par la Cour d'Appel d'Amsterdam, cf. infra note (56)).

(51) K. VAN HOECKE, *op. cit.*, 1663; Ph. PETERS, *op. cit.*, p. 11.

(52) Juge Saisies Bruxelles, 6 septembre 1982, Atari v. G.A.A., non publié; Juge Saisies Gand, 10 septembre 1982, Atari v. D.V., non publié.

(53) Amsterdam, 31 mars 1983, *Ars aequi*, 6 juin 1983, 467.

(54) Nous n'évoquerons pas ici la question d'adaptation et de traduction, analysée par ailleurs lors du débat sur l'originalité (supra 12).

(55) A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 171.

(56) M. FLAMEE, *Aspects actuels*, n° 31, p. 330; cf. dans le même sens, F. GOTZEN, *Intellectuele eigendom*, 2386, n° 18 et les nombreuses références y reprises.

(57) L'article 16b a été introduit par la loi du 27 octobre 1972.

(57bis) «L'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique a seul le droit de reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière que ce soit et sous quelque forme que ce soit».

(58) A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 105 et les nombreuses références.

(59) B. HUGENHOLTZ, *Computerprogramma's: een nieuwe categorie werken*, *Auteursrecht*, 1985, n° 2, 32-33.

J. WOLTRING, *Computerprogrammatuur, vrijheid van kopie als (voor) recht*, *Computerrecht*, 1986, n° 1, 27.

(60) J. WOLTRING, *op. cit.*, 30; B. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, 32-33; J. BORKING, *op. cit.*, 878.

(61) H. HABERSTUMPF, *Zur urheberrechtliche Beurteilung von Programmen*, *G.R.U.R.*, 1982, 148.

(62) G. VANDENBERGHE, thèse citée, 102; F. GOTZEN, *Les programmes d'ordinateur*, *Ing. Cons.*, 1981, 246.

(63) J. BORKING, *Resultaten van rechtssociologisch onderzoek naar de juridische bescherming van programmatuur*, *Informatie*, 1985, n° 27, 874-883.

(64) Comp. J. WOLTRING, *op. cit.*, 30.

(65) Il est certain que le titulaire des droits d'auteur pourra bien évidemment, en fonction de l'intensité potentielle de l'utilisation privée, fixer des redevances plus ou moins importantes.

(66) A. BERENBOOM, *op. cit.*, 109, la doctrine hollandaise parle de nécessité d'utilisation «dans un cercle privé et fermé» (à cet égard, D.W.F. VERKADE, *Softwarebescherming*, p. 30). Selon BORKING, *op. cit.*, on rejoint ainsi le critère américain du «fair use».

(67) Il n'est pas certain qu'en Belgique l'utilisation privée s'étende à ces deux premiers cas. En Hollande, l'article 16b prévoit en effet explicitement l'utilisation privée aux titres d'étude et de recherche. Ceci conduit à légitimer dans ce pays le «reverse engineering».

(68) Ceci va bien au-delà de la seule copie de sauvegarde (Comp. la loi française du 3 juillet 1985 qui limite à la seule copie de sauvegarde l'utilisation privée du logiciel).

mée» selon que le contrat répond aux critères de définition traditionnels de la vente ou du louage (71).

Dans ces cas, l'utilisateur ne pourra en principe, sauf à usage privé, reproduire le programme figurant sur la disquette car une telle reproduction serait constitutive d'une représentation ou d'une exploitation d'un droit qui ne lui a pas été transmis, à savoir le droit d'auteur sur le logiciel.

26. A ces éclaircissements sur la qualification des contrats, la reconnaissance par la doctrine belge du «droit de destination» de l'auteur de l'oeuvre permet d'ajouter d'autres réflexions encore.

La notion de droit de destination (72) (*Bestemmingsrecht*), comme prérogative fondamentale de l'auteur, a été mise en évidence par Gotzen à la suite d'un arrêt célèbre. Il s'agit pour l'auteur d'avoir le droit «de déterminer quelle utilisation correspond au but pour lequel il a permis la reproduction de son oeuvre» (73).

La reconnaissance du droit de destination à l'auteur d'un programme lui permet, même sans relation contractuelle directe, de fixer les conditions d'utilisation. Il peut déterminer également les modes de calcul des redevances qui seront dues par l'utilisateur final, et ce en fonction, par exemple, de l'importance de la configuration sur laquelle le programme sera utilisé, en fonction du nombre de terminaux connectés, etc...

«Celui qui a le pouvoir d'interdire toute reproduction, doit a fortiori avoir le pouvoir d'assortir le droit de reproduction qu'il cède de modalités relatives à la destination des exemplaires réalisés pour le cessionnaire en vertu du droit d'exploitation».

27. En conclusion, on note cet étrange paradoxe: au moment où la question de la protection du logiciel par le droit d'auteur semble pacifiée, l'analyse des conséquences attachées à cette protection et la définition de ces limites laissent apparaître de graves incertitudes voire remettent en cause le principe même d'une telle protection.

## DE BESCHERMING VAN COMPUTERSPROGRAMMA'S DOOR MIDDEL VAN HET AUTEURSRECHT IN HET BELGISCH EN NEDERLANDS RECHT

*De bescherming van computersprogramma's door middel van het auteursrecht is een onderwerp dat aanleiding gaf tot een breedvoerige discussie in het Belgisch en Nederlands recht.*

*Bovenstaand artikel wil niet alleen de fundamentele vragen behandelen, die door een dergelijke bescherming worden opgeroepen: «Is een computerprogramma een werk in de zin van art. 1?», maar ook wil het de vaak verkeerd ingeschatte gevolgen van een dergelijke bescherming consequent doortrekken.*